

Todo proveedor es necesario pero no imprescindible para la propia actividad de la empresa contratante

STS-CONT núm. 258/2019, de 27 de febrero

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

I. Introducción

El acta de liquidación propuesta contra la empresa contratante por responsabilidad solidaria en el ámbito de una subcontratación genera un recurso contencioso-administrativo de contenido laboral. Sobre la base fáctica de unos hechos considerados relevantes y teniendo en consideración la evolución jurisprudencial social en torno al concepto de "propia actividad" en la subcontratación laboral, la sentencia exime a la empresa contratante del importe requerido. En el centro del análisis, el concepto amplio o restrictivo sobre lo que se considere "propia actividad"; en la solución, que no todo proveedor a quien se contrata resulta imprescindible - aunque sea necesario- para el desarrollo de la actividad de la empresa.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (Sección Cuarta): Segundo Menéndez Pérez, Presidente, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Celsa Pico Lorenzo, Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo y José Luis Requero Ibáñez.

Tipo y número de Recurso: recurso de casación núm. 232/2016.

Número y fecha de la resolución judicial: STS núm. 258/2019, de 27 de febrero.

Procedimiento: Recurso de casación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la STSJ Valencia -Sala de lo Contencioso- de 3 de noviembre de 2015.

ECLI: ES:TS:2019:629

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Con fecha 8 de febrero de 2013 la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social desestima el recurso de alzada interpuesto por la empresa Ford España SL. El recurso se interpone contra un acta de liquidación que la condena a

abonar un importe de 2.099.044,54 euros por la responsabilidad solidaria derivada del impago de cotizaciones sociales a cargo de la empresa Handling and Lager, SL durante el período de vigencia de la contrata celebrada con ésta, en este caso desde agosto de 2008 a febrero de 2011. Ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la empresa interpone recurso contencioso- administrativo contra la citada Resolución.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia dicta sentencia el 3 de noviembre de 2015 estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa considerando que procede la *“anulación de la Resolución administrativa impugnada por no ser conforme a derecho”*.

IV. Posiciones de las partes

Según figura en el acta de liquidación -de acuerdo con lo que se deduce de la STSJ -Sala de lo Contencioso- de la Comunidad Valenciana de 3 de noviembre de 2015 (sentencia 897/2015)-, la empresa contratada (Handling and Lager S.L) tiene como objeto social el almacenaje y distribución de utillaje y piezas para la industria del automóvil. Dicha empresa ha facturado a Ford España, SL una serie de cantidades anuales (entre nueve y trece millones de euros) en los últimos años, figura también como proveedor de Ford en Alemania, ha trasladado a una serie de trabajadores a prestar servicios en la factoría de Ford en España y, además, tiene otros clientes en nuestro país y en el extranjero.

Sobre esta base fáctica la empresa Ford España, SL expone, en su impugnación, que se ha vulnerado el artículo 42.1 LET en relación a la exigencia de contratación de actividad propia como requisito inexcusable para incurrir en responsabilidad solidaria en relación a los descubiertos en la Seguridad Social. Se cuestiona, en este sentido, que Handling and Lager S.L esté realizando una actividad "propia de Ford", resultando realmente una actividad "complementaria".

Se da la circunstancia de que esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya se había pronunciado en una sentencia anterior de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015) sobre la cuestión ahora planteada entre las mismas partes y también en relación al impago de las cotizaciones por parte de Handling and Lager, SL durante el período de vigencia de la contrata celebrada con ésta, si bien en aquel supuesto en otro período temporal. Por esa razón, *“razones de unidad de jurisprudencia y seguridad jurídica exigen que ahora, en este recurso, se mantenga el mismo criterio de nuestra sentencia desestimatoria que se cita como precedente al no concurrir ni alegarse por la recurrente circunstancias objetivas que lleven a replantear ese criterio”* [FJ 2 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 27 de febrero de 2019 (recurso de casación 232/2016)]. De ahí que la sentencia que se analiza vaya a expresarse en similares términos a la citada.

V. Normativa aplicable al caso

El recurso se plantea sobre la base del artículo 86.1 de Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA). En atención al mismo:

" Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos".

Puesto que el recurso se interpone en 2015, la sentencia cita como precepto base también el artículo 88.1.d) de la citada LJCA en virtud del cual:

"El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:....

d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

En julio de 2016 entra en vigor la reforma de dicho precepto y, desde entonces, la dicción del mismo es la siguiente:

"Artículo 88.

1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:....".

Finalmente, la sentencia ha de considerar como nuclear lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) -conviene precisar que, aunque el pronunciamiento se refiere al texto del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (RD

Legislativo 1/1995, 24 de marzo, BOE, 29), la disposición vigente al presentar el recurso responde al mismo texto que la actual, que es el que se reproduce:-

"Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64 cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.

b) Objeto y duración de la contrata.

c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado 4.

6. Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende.

7. Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación".

VI. Doctrina básica

1. *El alcance del recurso de casación presentado y la trascendencia de la "base fáctica" y los "hechos relevantes" para la determinación del pronunciamiento*

La sentencia analizada señala cómo *"la Sala de instancia ofreció como razones para estimar la demanda las deducibles a la "base fáctica" que desemboca en el acta antes citada, la interpretación de la expresión legal "propia actividad" del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y los "hechos relevantes" para su aplicación en el caso de autos"* (FJ 3). En este sentido, y reproduciendo lo que ya consideró la STS -Sala de lo Contencioso- de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015) sobre la que se basa, como se anticipara, la sentencia objeto de comentario, se indica la necesidad de exponer con detalle las razones que sustentan el pronunciamiento de la sentencia recurrida porque *"el escrito de interposición del recurso de casación no ofrece en puridad una crítica fundada de ninguna de ellas, limitándose más bien, pese al casuismo propio de esa cuestión, a defender el parecer de la recurrente de que las actividades llevadas a cabo por la contratista sí forman parte de la propia actividad del comitente"*. De hecho, el único motivo de impugnación *"no denuncia una arbitraria o ilógica valoración de la prueba; o una en la que se desconozca u olvide el valor probatorio que deba atribuirse a alguno de los elementos de convicción analizados en aquella sentencia; ni pide, en fin, que este Tribunal haga uso de la facultad de integración de hechos omitidos que preveía el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción en su redacción anterior a la Ley Orgánica 7/2015...Denuncia sólo la infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 15.3 y 104.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Pero lo hace: (1) Sin poner en tela de juicio la base fáctica descrita en aquel fundamento de derecho tercero. (2) Sin combatir la interpretación que sobre aquella expresión legal alcanza la Sala de instancia. Y (3) criticando, sólo, la toma en consideración del segundo de aquellos hechos relevantes, del que dice que puede serlo para apreciar sucesiones de empresa o la existencia de grupos empresariales, pero no a los efectos de determinar que el contratista ejecute una actividad absolutamente indispensable e inherente al ciclo productivo de la empresa principal"* [FJ 3 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015) y reproducido en el FJ 4 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 27 de febrero de 2019 (recurso de casación 232/2016)].

Pues bien, con esa base como consideración de fondo y, en particular, teniendo como referencia lo que la Sala de instancia considera "base fáctica" y "hechos

relevantes" *"no es posible afirmar que lo ahí expuesto se integre o deba subsumirse sin género de duda en el concepto legal de "propia actividad". Es así, tanto por la lógica necesidad de analizar esa cuestión jurídica caso por caso, como porque en la repetida base fáctica, que la Sala de instancia deduce de lo aportado al proceso sin que la aquí recurrente la tache de errónea o incompleta, faltan datos o circunstancias que a nuestro juicio serían necesarias para llegar a una conclusión contraria, como son, principalmente, los términos de la contrata convenida y del modo en que habría de llevarse a cabo lo pactado"* [FJ 4 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015)] y reproducido en el FJ 4 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 27 de febrero de 2019 (recurso de casación 232/2016)].

2. Sobre la consideración del concepto de "propia actividad" para depurar la responsabilidad solidaria de la empresa en la jurisprudencia social

A partir de aquí, el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia que se comenta, como su homólogo en la STS -Sala de lo Contencioso- de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015), precedente, analizan la evolución sobre el concepto de "propia actividad" en la jurisprudencia social.

En primer lugar, recordando la doctrina de la STS de 18 de enero de 1995 (recurso de casación 150/1994): *"Para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad. También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En general la doctrina es partidaria de una aplicación "in extenso" del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa. Sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma"* (FJ 2). Este mismo pronunciamiento reconocería que *"Con este criterio amplio se llega a la conclusión de que todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de «propia actividad» nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. En consecuencia, como también ha reconocido la doctrina mencionada, la solución a la problemática apuntada, sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto"* (FJ 2).

En segundo término, considerando el análisis de la STS 24 de noviembre de 1998 (recurso de casación 517/1998) en atención a la cual: *"El concepto de obras o servicios de la "propia actividad" no ha sido pacífico desde que apareció en el Decreto 17 diciembre 1970, del que pasó al artículo 19 de la Ley de Relaciones Laborales y, posteriormente, al actual artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Caben en principio dos interpretaciones de dicho concepto: a) la que entiende que propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán "propia actividad" de ella"* (FJ 2). Añade este pronunciamiento cómo *"es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente. Por tanto ha de acogerse la interpretación que entiende que*

propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiendo, de acuerdo con la sentencia referida que « nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial »" (FJ 2).

Y, finalmente, asumiendo la argumentación de la STS 15 de junio de 2017 (recurso de casación 972/2016) en la que se indica expresamente que *"la noción de "propia actividad" ha sido ya precisada por la doctrina de la Sala en las sentencias de 18 de enero de 1995 , 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002 en el sentido de que lo que determina que una actividad sea "propia" de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la "actividad indispensable", de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán "propia actividad" de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no "nucleares" quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores... Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente»". La doctrina de mérito establece la distinción entre actividades inherentes "formando parte del ciclo productivo", de las actividades que sin pertenecer a esas categorías también sean necesarias para realizar la actividad y concluye extrayendo estos últimos del ámbito del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores" (FJ 2).*

3. La interpretación de la sentencia sobre la propia actividad en relación al acta de liquidación

Aunque la sentencia que se comenta no añade más que el relato de la evolución de la jurisprudencia social en los términos expuestos, cabe considerar que la misma adopta como decisión la última de las afirmaciones, esto es, que *"la doctrina de mérito establece la distinción entre actividades inherentes "formando parte del ciclo productivo", de las actividades que sin pertenecer a esas categorías también sean necesarias para realizar la actividad y concluye extrayendo estos últimos del ámbito del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores "*[FJ 2 de la STS 15 de junio de 2017 (recurso de casación 972/2016) y reproducido en el FJ 4 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 27 de febrero de 2019 (recurso de casación 232/2016)].

VII. Parte dispositiva

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana e impone las costas a la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA. Sin embargo, y en atención a lo establecido en el artículo 139.3 de la LJCA, las costas procesales no podrán exceder, por todos los conceptos, de cuatro mil euros.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos ya han sido transcritos y provienen, básicamente, de la jurisprudencia social. Sirvan, con todo, algunas manifestaciones ya expuestas y reproducidas todas en el Fundamento Jurídico 4 de la sentencia objeto de análisis. Así, *"todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado*

con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa. No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de "propia actividad" nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. En consecuencia, como también ha reconocido la doctrina mencionada, la solución a la problemática apuntada, sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto" (...) "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial" (...) "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente" (FJ 4).

Sin embargo, y aun cuando no aparece en la sentencia comentada, se considera interesante reproducir, a efectos de una mejor comprensión de la solución adoptada, un pasaje sobre la interpretación de los "hechos relevantes" recogido en la sentencia que sirve de base a la aquí expuesta [la tantas veces citada STS -Sala de lo Contencioso- de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015)]. En ella se reproduce, a su vez, el texto de la sentencia recurrida sobre esta cuestión, determinante para una mejor comprensión de todo lo expuesto: *"La Sala entiende que en el presente caso, dada la descripción de hechos que hace el acta de la inspección de trabajo, no se puede admitir que Handing and Lager esté realizando actividad propia de la empresa Ford. Una interpretación demasiado amplia del concepto "actividad propia" del art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores desembocaría en poder considerar a la mitad de las empresas responsables de lo que hace la otra mitad. En efecto, todas las empresas tienen sus proveedores o suministradores, sin los cuales no pueden subsistir, pero no significa que esos proveedores estén realizando actividad propia de la Ford, a juicio de Tribunal son hechos relevantes a tal fin: 1. No se ha acreditado que Handing and Lager utilice, directa o indirectamente, trabajadores de Ford, ni viceversa; 2. Tampoco se ha acreditado que Ford participe del capital social o tenga alguna participación en la empresa Handing and Lager. Ambas gozan de autonomía; 3. La actividad de Handing and Lager se centra en almacenaje y distribución de utillaje y piezas para la industria del automóvil, es decir, no fabrica piezas para Ford, las adquiere, almacena y suministra cuando las necesita; 4. Handing and Lager no tiene como único cliente a Ford, ese dato consta en el acta de la inspección; 5. Evidentemente, para Handing and Lager la empresa Ford no es un cliente normal, una parte importante de su actividad lógicamente la despliega en favor de Ford, como otras muchas empresas que tienen un cliente de esta entidad. Desde este prisma, no se considera relevante el hecho de que los trabajadores de Handing and Lager que llevan material a Ford tengan pase de la empresa. No se determina en el acta a que partes de Ford da acceso el pase, es decir, si los trabajadores de Handing and Lager tienen acceso a todas las instalaciones o a las instalaciones precisas para el cumplimiento del cometido de suministrar material"* [(FJ 2 de la STS -Sala de lo Contencioso- de 16 de febrero de 2018 (recurso de casación 3922/2015))].

IX. Comentario

1. La sentencia dictada por el orden contencioso-administrativo, de complicada lectura por su remisión constante a otras decisiones judiciales previas, permite testar cuál es la interpretación que este orden jurisdiccional emplea sobre la subcontratación laboral. La reclamación por el impago de cantidades adeudadas con la Seguridad Social (un total de 2.099.044,54 euros) por parte de la empresa contratada origina una decisión que necesariamente ha de entrar a valorar si se produce o no subcontratación en términos laborales.

Pero eso sólo puede hacerse acudiendo a la jurisprudencia -no siempre de secuencia sencilla- dictada por el orden social. Y, siguiendo la evolución descrita, esta última ha quedado fijada sobre determinados parámetros; a saber: a) la solución sólo

puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto; b) una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de "propia actividad" conduciría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 LET; c) más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad; d) la contrata exige que, de no haberse concertado ésta, las obras y servicios deberían haberse realizado por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial; y, en fin, e) procede distinguir entre actividades inherentes que forman parte del ciclo productivo de aquellas actividades que, sin pertenecer a esa categoría, también resulten necesarias para realizar la actividad, extrayéndose estas últimas del ámbito del artículo 42 LET.

2. Sin embargo, el planteamiento más interesante de la sentencia no se halla tanto en el análisis sobre la interpretación y aplicación del citado artículo 42 LET por el orden social sino en lo que predetermina tanto la sentencia de instancia como el recurso que resuelve esta sentencia. Los elementos clave son la "base fáctica" y "los hechos relevantes". En cuanto a la base fáctica, resulta probado que la empresa contratada se dedica a una actividad que interesa a la principal, factura a esta última cantidades importantes, desplaza trabajadores a las instalaciones de aquélla y provee asimismo a otros clientes.

Mas, en relación a los hechos relevantes, y teniendo en consideración el acta de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, la sentencia considera determinante que la contratada no haya utilizado trabajadores de la contratante ni viceversa, que ambas tengan plena autonomía en el sentido de que ninguna participe en el capital de la otra, que la contratada no fabrique piezas para la contratante sino que se las suministre cuando las necesite, que aquélla no tenga como único cliente a la empresa contratante sino que provea de piezas a otras empresas del sector, aun cuando la empresa contratante figure como un cliente vip toda vez que buena parte de su actividad se desarrolla en torno al mismo -en este sentido, que los trabajadores de la contratada tengan un pase especial para acceder a las instalaciones de la contratante no parece relevante, al menos no lo es cuando en el acta no se precisa si se tiene acceso a todas las instalaciones con carácter libre y como cualquier trabajador de la contratante o se trata de un acceso restringido para desarrollar la actividad contratada-. En consecuencia, la clave de la decisión es que *"todas las empresas tienen sus proveedores o suministradores, sin los cuales no pueden subsistir, pero no significa que esos proveedores estén realizando actividad propia"* de la empresa que las contrata.

3. Un planteamiento impecable el de la sentencia -y el de su predecesora- que disecciona los hechos relevantes para determinar la relación existente entre contratante y contratista. Bien es cierto que, en las últimas sentencias, la jurisprudencia social ha tendido a ampliar más el concepto de propia actividad al admitir que un contrato de agencia para vender los productos de la principal sí debe considerarse incluido en el artículo 42 LET (STS 15 de febrero de 2018, recurso de casación 209/2016) o cuando se interpreta que las labores de reparación de averías o ejecución de obras se entienden dentro de la propia actividad de quien gestiona un determinado servicio (STS 21 de febrero de 2018, recurso de casación, recurso de casación 251/2016). Pero acierta la sentencia objeto de comentario al priorizar la casuística sobre la dicción de la norma y la necesidad de precisar cada situación concreta, no siempre asimilable a otra de semejante factura.

Como es sabido, se trata de un precepto que, desde hace tiempo (en 2016 se presentó ya una proposición de ley en el Congreso para su reforma), se halla en el punto de mira tanto de los grupos parlamentarios como de los agentes sociales para su modificación. La pretensión de la reforma es doble: garantizar los derechos de los trabajadores objeto de contrata y subcontrata y precisar los términos de esta última, especialmente en lo que se refiere a la actividad de la empresa principal susceptible de ser subcontratada. Y, con ser ambos aspectos de la regulación cruciales, sin duda el último se antoja de especial relevancia pues si su perímetro se restringe, el alcance

de las garantías señaladas será más reducido y, si se amplía, será más laxo. Posiblemente deba ser la negociación colectiva la que establezca en cada sector qué actividad puede ser subcontratada y cuál, por resultar complementaria, debe permanecer al margen de la tutela de la legislación laboral que extiende responsabilidad a la totalidad de los empresarios implicados en la relación con carácter solidario. Pero, en su defecto, el legislador, y, como ha podido comprobarse, los tribunales, deciden.

X. Apunte final

La base fáctica predetermina el concepto de propia actividad sobre el que discurren los efectos de la subcontratación laboral. De ahí que resulte clave la descripción del servicio que presta la empresa contratada -y sus trabajadores- a la empresa contratante. Y, si bien es cierto que, cuando una empresa contrata a otras actividades o servicios que venía realizando o prestando por sí misma, deriva parte de su "propia actividad", también lo es que no todo proveedor -necesario- resulta imprescindible en el proceso productivo de la empresa contratante.